العنوان:	جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه
المصدر:	مجلة الاجتهاد القضائي
الناشر:	جامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع
المؤلف الرئيسي:	شرون، حسينة
المجلد/العدد:	ع 7
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2010
الشهر:	ديسمبر
الصفحات:	20 - 31
رقم MD:	100091
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo, EcoLink
مواضيع:	الجرائم ضد الأطفال، حقوق الطفل، الحضانة، تربية الأطفال، الرعاية الاجتماعية، الحماية الجنائية للأطفال، أحكام الحضانة، البنوة، تسليم الطفل لحاضنه، حق الحضانة، القانون الجنائي، الجزائر
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/100091

جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه

الدكتورة حسينة شرون
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد خيضر بسكرة

مقدمة:

يثبت للطفل بمجرد ميلاده مجموعة من الولايات، هي ولاية النفس، وولاية المال إن كان له مال، وولاية التربية[1]، هاته الأخيرة هي التي تهمنا في هذا المطلب، وولاية التربية هي ما يسمى بالحضانة، وقد قررت من أجل حماية الطفل ورعايته والمحافظة على نشأته السليمة، وتوفير جو يساعده على اكتساب أخلاق حسنة وتربية دينية صحيحة.

ومن أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون، حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته، حاولنا أن نبين كيف تؤثر رابطة البنوة في وجود وقيام جريمة عدم تسليم القصر لمن حكم له بحضانتهم، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على معاقبة من لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

وبناء عليه فالسؤال الجوهري الذي يجب علينا الإجابة عليه في هذه المداخلة هو: ما هي الجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة في التشريع الجزائري؟

وقد ارتأينا أن نقسم هذه المداخلة إلى مبحثين عند إجابتنا على هذا السؤال، حيث نتناول في الأول ماهية الحضانة، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته إلى حاضنه في قانون العقوبات الجزائري، وذلك وفقا للخطة التالية:

أولا / ماهية الحضانة

1 - تعريف الحضانة

2 - مدة الحضانة

3 - ترتيب أصحاب الحقوق في الحضانة

ثانيا / جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته إلى حاضنه

1 - الركن المادي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنه

2 - الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنه

أولا / ماهية الحضانة:

من أجل الفهم الجيد للحضانة عمدنا إلى تبيان مفهوم الحضانة من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ثم انتقلنا إلى تحديد مدة الحضانة، ثم ترتيب الحاضنين في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

1 - تعريف الحضانة:

الحضانة لغة، تعرف بأنها الضم، مأخوذة من الحضن وهو الصدر ما بين العضدين، فالحاضن يضم المحضون إلى نفسه فكأنه يضمه إلى صدره ويحميه[2].

أما الحضانة اصطلاحا، فهناك تعاريف عديدة لها، تصب كلها في مصب واحد، يفيد بأن الحضانة هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه وقيامه ونومه[3].

وجاء في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ما يفيد نفس المعنى السابق، حيث نصت هذه المادة على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[(4)].

وعلى هذا فالحاضن يقع عليه عبء رعاية شؤون الطفل من مطعم وملبس ومشرب، وعليه أن يتعهده بالتربية والتهذيب حتى يستطيع بعد ذلك أن يتحمل تبعات الحياة ومشاكلها.

ومن المعروف بداهة أن الحديث عن الحق في الحضانة إنما يكون بعد افتراق الزوجين، فهي أثر من آثار انحلال الزواج، أما إذا كانت الزوجية قائمة فإن الحضانة تمارس من الأب والأم بصفة مشتركة، وكذلك الحال في العدة من طلاق رجعي أو بائن.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحضانة في السنوات الأولى من حياة الطفل تكون للأم، فالأم في تلك السنوات تكون أشفق وأصبر على القيام بالحضانة[(5)].

وعند تحديد طبيعة الحضانة نجد اختلافا بين الفقهاء، فهل هي حق للصغير أم هي حق للحاضن؟ ذلك أنه إذا كانت حقا للصغير فإن الحاضن يجبر عليها إذا امتنع، على العكس مما إذا كانت حقا له.

فذهب الأحناف إلى أن الحضانة حق للحاضن وهو المشهور عند المالكية، وصاحبة الحق الأولى في الحضانة هي الأم، لكن الفقهاء اختلفوا في إجبارها على الحضانة، فذهب الحنفية إلى أن الأم وغيرها من النساء لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت قياسا على الإرضاع، وهذا هو المشهور عند الشافعية والحنابلة والمالكية، وبناء عليه للأم إسقاط حقها في الحضانة، وإذا أرادت العودة فلا يحق لها عند المالكية[(6)].

ويتفق الفقهاء على أن حضانة الطفل تصبح واجبة على كل أقربائه عند خشية الهلاك، ابتداء من الأب فإنه يجبر على حضانة ابنه، إذا استغنى عنه النساء لأن ذلك حق للصغير عليه[(7)].

2 - مدة الحضانة:

جاء في المادة 65 من قانون الأسرة أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، ويتضح من هذه المادة أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، أما الأنثى فببلوغها سن الزواج، الذي حدد بتسعة عشر سنة وفقا للمادة 07 من التعديل الجديد لقانون الأسرة، حيث كان القانون القديم ينص على ثمانية عشر سنة فقط[(8)].

كما يمكن للقاضي أن يمدد حضانة الذكر إلى ستة عشر سنة، وذلك بطلب من الأم الحاضنة، شرط أن لا تكون في عصمة رجل غير محرم للطفل (المادة 66 من قانون الأسرة)[(9)]، كما أعطي القاضي سلطة تقديرية في إنهاء الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وقد جاء قانون الأسرة الجزائري بعيد نسبيا عن الشريعة الإسلامية في تحديد مدة الحضانة، حيث أن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل وتنتهي إذا

استغنى عن خدمة النساء، وقدر على أن يقوم بحاجاته الأولية، كأن يأكل ويلبس لوحده، وينظف نفسه دون مساعدة من أحد، ويكون ذلك عادة ببلوغ سن التمييز.

أما سن التمييز المحدد لمدة الحضانة فقد اختلف الفقهاء في تحديده، فيذهب الحنفية إلى أن مدة حضانة الذكر تقدر بسبع سنين وقدرها بعضهم بتسع سنين، أما الأنثى ففيها رأيان: أحدهما حتى تحيض وثانيهما أن تبلغ حد الشهوة وقدر بتسع سنين، وبعد هذا السن فللأب أن يأخذها ممن يحضنها من النساء. وذهب الحنابلة إلى أن مدة الحضانة مقدرة بسبع سنين للذكر والأنثى، فإذا بلغ الذكر هذا السن خير بين أمه وأبيه، إلا أن يثبت عدم صلاحية أحدهما فإنه يجبر أن يكون تحت رعاية الأصلح، أما الأنثى فلا تخير إذ تنتقل إلى رعاية أبوها إلى غاية زفافها. ونجد أن المالكية قالوا بأن مدة حضانة الذكر موقوفة على بلوغه، فإذا بلغ سقطت حضانة أمه وانتقل إلى رعاية أبيه ولو كان مجنونا، أما الأنثى فحضانتها تنتقل إلى أبيها بعد استغنائها عن النساء حتى تتزوج. أما الشافعية فيرون بأنه ليس للحضانة مدة معلومة فإن الابن أو البنت متى ميز بين أمه وأبيه له أن يختار أحدهما، كما يخير بين الأم وبقية الأقارب أو الأب وغيره من الأقارب أما إذا سكت ولم يختر أحدا كان للأم[10].

3 - ترتيب أصحاب الحقوق في الحضانة:

إن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا، كونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به[11]، لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية راعو هذا الجانب بأن جعلوا الحضانة للنساء بداية بالأم، لما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[12]. ودون تعمق في تفصيل أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في الشريعة الإسلامية فهم على هذا النحو: الأم، أم الأم وإن علت، أم الأب، الأخوات الشقيقات ثم اللاتي من أم ثم لأب، ثم خالات الأم الشقيقات ثم لأم ثم لأب، ثم خالات الأب الشقيقات ثم لأم ثم لأب، ثم عمات الأم فعمات الأب. مع ملاحظة أن هناك من الفقهاء من يقدمون الأخت لأب على الخالات، ويقدمون بنت الأخت لأب على الخالة، وبعد هؤلاء النسوة تنتقل الحضانة في غيابهن إلى الرجال وهم العصبات من محارم الصغير بداية بالأب، ثم الجد من جهة الأب وإن علا، فالإخوة الأشقاء، الإخوة لأب، أبناء الإخوة الأشقاء ثم لأب، الأعمام الأشقاء ثم لأب، فأعمام الأب الأشقاء ثم لأب، ويشترط في العصبات أن يكونوا من محارم الصغير. أما إن لم يكونوا من محارمه فتجوز الحضانة على الذكور دون الإناث. فإن لم يوجد حاضن مما سبق ننتقل إلى الأقارب من ذوي الأرحام، فتكون الحضانة للجد لأم، ثم للأخ لأم، ثم للعم لأم، ثم للخال الشقيق فالخال لأب، فالخال لأم، فإن لم يكن هناك قريب وضع الطفل عند أمين يثق به القاضي من الرجال أو النساء[13].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع كان يرتب الحاضنين ترتيبا مقبولا إلى حد كبير، لما فيه من اتفاق مع الشريعة الإسلامية على الأقل من حيث مبدأ تفضيل النسوة على الرجال في الحضانة، حيث نجد أن النص القديم للمادة 64 من قانون الأسرة جاء فيه أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة

مصلحة المحضون في كل ذلك..."، فهذا الترتيب يقوم على أساس سليم، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق[14].

غير أن المشرع الجزائري عدل عن رأيه بأن أعاد ترتيب الحاضنين في التعديل الجديد لقانون الأسرة، حيث أصبح الأب يلي الأم مباشرة وتقدم بذلك على الخالة، كما استحدث النص الجديد حضانة للعمة، فأصبح نص المادة 64 على الشكل التالي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة..."، ولا يوجد في مذاهب الشريعة الإسلامية المختلفة من يمنح للأب حضانة أولاده بعد الأم مباشرة، على أساس أن النساء أليق للحضانة لما سبق ذكره، وكان الأنسب أن ينص المشرع على أن حضانة الصغير إنما يمكن أن تسند للأب عندما يصل الأبناء إلى سن معينة[15].

ثانيا / جريمة الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانته إلى حاضنه :

تنص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 001 20 إلى 000 100 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به..."[16].

وإن كان نص المادة 328 عقوبات يمثل الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، فسوف نستعرض فيما يلي كل من الركنين المادي والمعنوي وكذا عقوبة هذه الجريمة، من أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للطفل المحضون، حتى في مواجهة أبويه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته، وحاولنا أن نبين كيف تؤثر رابطة البنوة في وجود وقيام جريمة عدم تسليم القصر لمن حكم له بحضانتهم.

1 - الركن المادي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنه:

ينصب الركن المادي لجريمة عدم تسليم طفل قاصر محكوم بحضانته على فعل عدم التسليم، فهذه الجريمة تعتمد على نشاط سلبي من الجاني الذي صدر ضده الحكم بالحضانة، وهو الامتناع عن تسليم القاصر امتثالا لما جاء في الحكم القضائي. وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعا أو متجددا، بخلاف الجريمة المستمرة استمرارا ثابتا، فإن الأمر المعاقب عليه يبقى ويستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجاني، وعلى ذلك ففي حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعا لا تكون محاكمة الجاني إلا على أفعاله السابقة على رفع الدعوى، وفي حالة استمرار الحالة الجنائية بعد الحكم، فإنها تكون جريمة جديدة يصح معاقبة الجاني من أجلها مرة أخرى ولا يجوز له أن يتمسك بسبق الحكم عليه[17].

إذن فجريمة الامتناع عن تسليم القاصر هي جريمة مستمرة متجددة، وبالتالي يجوز محاكمة الممتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع عن تسليم القاصر[18]، وبهذا قالت محكمة النقض المصرية، وقررت أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لا يجدي المتهم[19].

كما تعتبر جريمة الامتناع عن تسليم القاصر إلى من له الحق في حضانته من الجرائم السلبية البسيطة، أي أن ركنها المادي يقوم بمجرد امتناع لا تعقبه نتيجة إجرامية، أي أن النص يقتصر على الإشارة إلى الامتناع، فيقرر من أجله العقوبة وتعتبر الجريمة تامة به[20].

وإن كان مجرد الامتناع عن التسليم كافيا لقيام الركن المادي للجريمة، إلا أن المادة نصت على بعض الشروط التي لابد من توافرها وهي متعلقة بصفة الجاني وكذا المجني عليه، ووجوب صدور حكم قضائي بالحضانة، وسوف نحاول شرح هذه الشروط فيما يلي:

أ - صفة الجاني في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون:

جاء في نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري التأكيد على صفة الجناة في جريمة الامتناع عن تسليم القاصر إلى حاضنه وهم: الأب والأم أو أي شخص آخر، وإن كانت صفة الجاني واضحة لا تستدعي أي شرح بالنسبة للأب والأم فهما الأصلان الشرعيان المباشران للطفل، فإن عبارة "أو أي شخص آخر"، تجعلنا نتوقف عندها لمعرفة من هم الأشخاص الآخرين الذين يطالهم نص المادة 328 عقوبات. هل هم أقرباء الصغير ممن لهم حق الحضانة عليه؟ أم أي شخص آخر لا صلة له به ولا حق له في حضانته؟

ومن أجل الإجابة عن هذه السؤال لابد من الرجوع إلى نص المادة 327 من قانون العقوبات التي جاء فيها: "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات"، فنجد أن هذا النص جاء عاما، فأي شخص يقوم برعاية الطفل، كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا يقوم بتسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به يعد مقترفا لجريمة عدم التسليم، وفي هذه المادة لم يشترط القانون صدور حكم يقضي بالتسليم، ذلك أن من لهم الحق الطبيعي في الحضانة هم المطالبين بالطفل من الغرباء عنه[21].

إذن فنص المادة 327 عقوبات يجعلنا نستبعد الغير الذين ليس لهم الحق في الحضانة من الجناة المنصوص عليهم في المادة 328 عقوبات، فالفرق بين المادتين 327 و328 عقوبات أن الأولى تنطبق على كل شخص وضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن تسليمه، أما المادة الثانية فتطبق فقط على الأبوين والأقرباء الذين لهم حق حضانته شرعا في حالة امتناعهم عن التسليم، لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بمنح الحضانة للمطالب بها، على العكس من الحالة الأولى التي لا يشترط فيها ذلك.

وقد يقول قائل بأن العقوبات قد خفضت في المادة 328 عقوبات عما هي عليه في المادة 327 عقوبات، وبالتالي فإن رابطة الأبوة هنا مجرد ظرف مخفف للعقاب، وليست عنصرا تكوينيا في الجريمة، والرد على ذلك يكمن في أن المادتين تختلفان في شروطهما من حيث ضرورة صدور حكم قضائي من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجاني في المادة 328 عقوبات لابد أن يكون أحد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة القاصر، وتخصيص الفاعل في جريمة ما هو إلا دليل على استقلالها، فالأبوين على رأس من يخضعون لأحكام المادة 328 عقوبات، على أساس أن الطلاق يحدث منهما، والحضانة ما هي إلا أثر من آثار الطلاق بينهما، فالأصل أن هذه الجريمة تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند

إلى الآخر[22]، ولكنها تمتد أيضا لتنطبق على كل من يمكن أن تسند إليه الحضانة من غير الوالدين، كالجدة من جهة الأم أو الخالة أو الجد من جهة الأب وغيرهم من الأقارب الذين سبق بيانهم[23]. أما الجريمة المنصوص عليها في المادة 327 عقوبات فالجناة فيها هم من يتولون الرعاية على الطفل وهم عادة من غير أقربائه.

ب - صفة المجني عليه (المحضون):

القاصر المنوه عنه في المادة 328 عقوبات، هو كل طفل لم يكمل سن الرشد، وهو تسعة عشر سنة حسب ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني، غير أن موضوعنا متعلق بالقاصر بالنظر إلى الحضانة، ومن ثمة فإن تحديد السن يجعلنا نرجع إلى قانون الأسرة، أي المادة 65 التي سبق شرحها في الفرع السابق، وبالتالي فإن الطفل الذكر لابد أن يكون سنه أقل من ستة عشر سنة والفتاة أقل من تسع عشر سنة[24].

كما يجب أن يثبت فعلا أن الطفل المطلوب تسليمه موجود حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع عن التسليم، أما إذا كان الطفل موجود في منزل الأسرة التي يعتبر المتهم أحد أعضائها، ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس المنزل، فإنه لا يمكن أن يعتبر المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم التسليم، فلا يمكن متابعته ولا معاقبته[25].

ج - صدور حكم قضائي بالحضانة للمطالب بالتسليم:

يشترط في الحكم القضائي القاضي بالحضانة أن يكون نافذا، سواء كان الحكم نهائيا أو مؤقتا، كما هو الشأن في الأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل، ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قضت بعدم قيام جريمة الامتناع عن التسليم، لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف[26].

ويستوي أن يكون هذا الحكم قد صدر عقب دعوى طلاق، أو صدر بصدد دعوى مستقلة يرفعها كل من يرى بأن له الحق في الحضانة، كما يستوي أن يصدر الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو بصفة مؤقتة.

كما تجدر الإشارة إلى أن الطعن بالنقض لا يبرر رفض الزوج تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة، إذ ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف، وهذا ما يستشف من نص المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية[27].

تبقى في الأخير مسألة أخرى مهمة هي مسألة حق الزيارة المقررة بموجب الحكم القاضي بالحضانة، وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة حيث أنه يجب: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، أي أن كل حكم مقرر للحضانة مقرر أيضا لحق الزيارة للطرف الآخر. فإذا كان عدم تسليم طفل إلى حاضنه الذي صدر لمصلحته حكم يعد جريمة معاقبا عليها، فهل يعد الحاضن الذي لا يسلم الطفل إلى من له حق الزيارة مرتكبا لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر؟

ومما وجدناه كإجابة على هذا السؤال هو حكم صادر عن محكمة النقض المصرية يقضي بأنه: "إذا كان الحكم المطعون ضده قد أدان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلّم ابنته لوالدتها لرؤيتها، تطبيقا منه للفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات مع صراحة نصها

ووضوح عبارتها في كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء، بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف منا بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية، فإن الحكم يكون أخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه[28].

وبالتالي فإن القضاء المصري قد حكم بحرفية النص، وهو اتجاه سليم بالنظر إلى ما يتطلبه مبدأ الشرعية، الذي يحتم علينا في التجريم الأخذ بحرفية النص. وفي هذا الاتجاه ذهب الفقه المصري، فنجد مثلا أن الدكتور رمسيس بهنام يذهب إلى أن الامتناع عن التسليم محل العقاب أمر متميز كلية عن منع الرؤية، فإذا كان الأب قد منع الأم من رؤية ابنتها الصادر لها حكم بحضانتها فإنه لا يرتكب جريمة، لأن محل التجريم هو الامتناع عن تسليم ابنتها إليها[29].

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري فإننا نجده ينص أيضا على الحضانة فقط، غير أنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وجدنا أن المحكمة العليا تساوي حق الزيارة مع حق الحضانة، حيث ذهبت في إحدى قراراتها إلى أن: "عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية"[30]، وهو نفس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي[31]، كما أن شرّاح قانون العقوبات الجزائري يرون أن عبارة الحضانة تأخذ مدلولا واسعا يشمل حق الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها[32]. كما أن الامتناع في الحالتين يؤدي إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي وهو منوط بحماية قانونية.

كما يستدل على شمول الحضانة حق الزيارة بما جاء في الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 21 جوان 1988، المتعلقة بأطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيين[33]، إذ جاء في المادة 06 من هذه الاتفاقية بأن: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين وينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة"، ثم تأتي المادة 07 لتنص على أنه: "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال، التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة". وما يفهم من هاتين المادتين أنه عند امتناع الطرف الحاضن تمكين الطرف الآخر من حق الزيارة فإنه يكون مرتكبا لجريمة عدم تسليم قاصر[34].

وهذا الاتجاه جعل حق الزيارة في مرتبة الحضانة، هو اتجاه مقبول أيضا من الناحية المنطقية والقانونية، ذلك أن عدم التمكين من حق الزيارة فيه انتهاك لنفس الحكم الذي قرر الحضانة. فكما أسلفنا أن كل حكم يقضي بالحضانة يشتمل وجوبا على حق الزيارة، إضافة إلى انتهاك الحكم فهناك اعتداء على مصلحة الطفل المحضون، فليس من مصلحة هذا الأخير أن يحرم من أحد والديه وأن لا يتمكن من رؤيته، كما أنه ليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بحضن ابنه طيلة أيام السنة، فيما يحرم الآخر من ابنه حتى في الأيام القليلة المقررة له بموجب الحكم القضائي، وعلى الرغم من هذه الوجاهة والمبررات المقنعة على تساوي حقي

الحضانة والزيارة، فإن التجريم يحتاج دائما إلى وضوح وتفصيل يزيل كل غموض، فعلى المشرع الجزائري أن يضيف إلى نص المادة 328 عقوبات حق الزيارة لكي يرفع كل التباس أو نقص.

2 - الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنه:

جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه جريمة عمدية، ويتحقق ركنها المعنوي بقصد جنائي عام[35]، ويتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني، الأب أو الأم أو أي شخص ممن لهم الحق في الحضانة، بأن الطفل موجود لديه وكذا علمه بصدور حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد الحضانة إلى شخص آخر، حيث تنصرف إرادة الجاني الممتنع عن تسليم الطفل إلى عصيان الحكم الذي قضى بإسناد حضانة الطفل إلى شخص غيره، مع علمه بصدور هذا القرار وأن الطفل موجود تحت رعايته، وعلى ذلك إذا امتنع عن التسليم لأنه كان يظن أن الحكم بالحضانة لم يصبح نهائيا لعدم تبليغه به مثلا، فينتفي القصد الجنائي بذلك لعدم اكتمال العلم. وإضافة إلى عنصر العلم يتوجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل عدم التسليم حقيقة[36]، فإذا كان الطفل مفقودا عند حلول وقت التسليم فإن الجريمة لا تقوم لاستحالة التسليم.

وتطرح مسألة القصد الجنائي هنا عدة إشكالات عملية منها: تمسك الممتنع عن تسليم الطفل بأن الطفل هو الذي يرفض الالتحاق بحاضنه، وإن لم يقرر القانون حلا لهذا الإشكال فإن القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة، ففي حكم صادر عن محكمة سيدي عيش قضى ببراءة أم، كانت تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضي له بحضانتهم، فلما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم، حكمت المحكمة ببراءتها[37].

غير أن القضاء الفرنسي استقر على اعتبار أن الملزم بالتسليم يعتبر مذنبا ويستحق العقاب، إذا لم يبذل كل ما في وسعه لحمل الطفل على الذهاب مع من يطلبه، وقضى بأن مقاومة الصغير أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان مبررا ولا عذرا قانونيا[38].

إضافة إلى كل ما تقدم، وكما هو واضح في نص المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، فإن جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من حكم له بحضانته هي جنحة، عقوبتها الحبس من شهر واحد إلى سنة والغرامة من 001 20 إلى 000 100 دج، كما أن العقوبة قد ترفع إلى ثلاث سنوات حسب الفقرة الأخيرة من المادة 328 عقوبات في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الجاني.

الخاتمة:

خلاصة القول أنه إذا كان المشرع الجزائري قد قرر حماية جنائية للطفل المحضون في مواجهة أبويه وأقاربه، عندما أقر تجريم الامتناع عن تسليم الطفل المحضون إلى حاضنه المحكوم له بذلك.

فإنه من جهة ثانية، ولضمان فعالية تلك الحماية الجنائية المقررة لمصلحة المحضون، كان الأولى به أن يحتفظ بترتيب أصحاب الحق في الحضانة كما هو عليه الحال في النص

القديم للمادة 64 من قانون الأسرة، والذي أعمل مبدأ تفضيل النسوة على الرجال في الحضانة، لما في ذلك من اتفاق مع الشريعة الإسلامية من ناحية، ولما فيه من مصلحة للطفل المحضون من ناحية ثانية، كون النساء أقدر وأكفأ من الرجال على تربية الطفل والعناية به.

هذا بالإضافة إلى أنه على المشرع الجنائي الجزائري إضافة عبارة "أو حق الزيارة" لنص المادة 328 من قانون العقوبات، حتى يرتفع أي لبس أو غموض في تأويل وتفسير هذا النص، ولأن الامتناع عن تسليم المحضون لمن له حق الزيارة فيه أيضا انتهاكا لحقوق الطفل وانتقاصا للرعاية التي يحتاجها نفسيا ومعنويا وماديا.

الهوامش:

(1) القصبي محمود زلط، **فقه الأسرة**، القاهرة: دار البيان للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 481. وهناك من يرى بأن الحضانة من الولاية على النفس، ذلك أنها تثبت للحاضن صيانة للصغير ووقاية له مما يهلكه أو يضره، أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 225.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، **المصباح المنير معجم عربي عربي**، القاهرة: دار الحديث، 2004، ص 87. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، **لسان العرب**، ج 13، بيروت: دار صادر، 1990، ص 122.

(3) العربي بلحاج، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 112، مخلد الطراونة، **"حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية"**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 02، السنة السابعة والعشرون، جوان 2003، ص 307. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 225. لشهب أبو بكر، **"الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة"**، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد التاسع، جويلية 2004، ص 479. ويعرف الشافعية الحضانة بأنها: "تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه ويقيه عما يضره، ولو كان كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير إلى المهد وتحريكه لينام". إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المُزني (المُزني)، **مختصر المزني**، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 252. محمد أمين الشهير بابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج 03، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2005، ص 610. محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، **سبل السلام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، تحقيق: شريف عبد الله ومحمد سعيد، ج 03، القاهرة: دار ابن الهيثم، 2005، ص 277. رجاء عبد الزهرة الجبوري، **"الحماية القانونية للطفل"**، ص 22، مقال انترنيت، أطلع عليه يوم: 28 نوفمبر 2007، بموقع: www.iraqijudicature.org.
Ghaouti Benmelha, **Le droit Algérien de la famille**, Alger : O.P.U, 1993, P 220.

(4) عرفت الحضانة في المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية على أنها حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه، كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته، انظر في هذا الصدد: العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)**، ج 01، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 379.

(5) لحسن بن شيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**، ج 01، الجزائر: دار هومه، 2005، ص 440. القصبي محمود زلط، مرجع سابق، ص 481. أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، **المغني**، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، ج 02، بيروت: بيت الأفكار الدولية، 2004، ص 2007. محمد زكي حجازي، **المسؤولية في الإسلام**، ط 03، جدة: الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1983، ص 114.

(6) علاء الدين أبو بكر الكاساني، **بدائع الضائع في ترتيب الشرائع**، ج 04، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1996، ص 60 وما بعدها. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 2006. ابن عابدين، مرجع سابق، ص 611. خالد بن محمد بن عبد الله المفلح، **جريمة إهمال الطفل من قبل أبويه وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون**، رسالة ماجستير في التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص 56 وما

بعدها. ومن خلال استقراء نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري نجد بأن الحضانة هي حق من حقوق الولد، وشرعت من أجل حماية مصلحته. أنظر: الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 131.

(7) مالك بن أنس، **المدونة الكبرى - رواية الإمام سحنون بن سعيد عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم**، تحقيق: محمد محمد تامر، ج 05، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، 2004، ص 362. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 2006. كمال لدرع، **"حماية حقوق الطفل"**، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 09، جويلية 2004، ص 560. مخلد الطراونة، مرجع سابق، ص 308. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 225 وما بعدها.

(8) الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 132.

(9) العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 385.

Ghaouti Benmelha, OP Cit, P 220.

(10) عبد الرحمان الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج 04، كتاب الطلاق، القاهرة: دار ابن الهيثم، دون سنة نشر، ص ص: 1136، 1137، القصبي محمود زلط، مرجع سابق، ص 488 وما بعدها. ابن قدامة، مرجع سابق، ص ص: 2008، 2009.

(11) الكاساني، مرجع سابق، ص 60. فايز الطفيري، **"الطفل والقانون: معاملته وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي 1999 – 2000"**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، مارس 2001، ص 140. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 380. الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 132. لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر: دار هومة، 2004، ص 110.

(12) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1994، ج 01، كتاب الطلاق، ر ح: 2276، ص 525. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار**، ج 04، القاهرة: الشركة الدولية للطباعة، 2003، ص 64.

(13) القصبي محمود زلط، مرجع سابق، ص ص: 482، 483. الإمام مالك، **المدونة الكبرى**، مرجع سابق، ص ص: 364، 365. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 2010 وما بعدها. شريف سيد كامل، **الحماية الجنائية للأطفال**، القاهرة: دار النهضة العربية، 2001، ص ص: 152، 153.

(14) العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 382.

(15) غقالي بلقاسم، **"تعديلات قانون الأسرة"**، مجلة المحاماة، منظمة المحامين ناحية باتنة، العدد الأول، 2005، ص 64.

(16) استلهمت المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري صياغتها من نص المادة 357 من قانون العقوبات الفرنسي، التي أنشئت بمقتضى القانون الصادر في 05 ديسمبر 1901، ثم عدلت بمقتضى القانون الصادر في 23 مارس 1928، لتستقر على صياغتها الحالية التي نقلها المشرع الجزائري، مكي دردوس، **القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري**، قسنطينة: ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية، 2005، ص 148.

(17) عبد الفتاح مراد، **جرائم الامتناع عن تنفيذ الأحكام وغيرها من جرائم الامتناع**، الإسكندرية: دون دار نشر، دون سنة نشر، ص ص: 274، 275.

(18) عادل عبد العليم، **شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق**، المحلى الكبرى (مصر): دار الكتب القانونية، 2006، ص 213.

(19) نقض مصري، قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، بتاريخ 07 ماي1931، تحت رقم ج 02 ق 258 مشار إليه في: محمد عبد الحميد الألفي، **الجرائم السلبية في قانون العقوبات**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص ص: 63، 64.

(20) محمود نجيب حسني، **جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع**، القاهرة: دار النهضة العربية، 1986، ص 02. مزهر جعفر، **جريمة الامتناع دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، عمان (الأردن): مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 96.

(21) بن وارث م، **مذكرات في القانون الجزائي الجزائري القسم الخاص**، الجزائر: دار هومه، 2003، ص ص: 164، 165.

(22) حددت المادة 292 من قانون العقوبات المصري أطراف جريمة عدم تسليم الصغير لمن حكم له بحضانته وقصرت صفة الجناة على الأبوين والجدين فقط، أنظر في هذا الصدد: رمسيس بهنام، **قانون العقوبات جرائم القسم الخاص**، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2005، ص 1024 وما بعدها. محمود أحمد طه محمود، **الحماية الجنائية للطفل المجني عليه**، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999، ص ص: 198، 199. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 153. وهو نفس ما أخذت به المادة 383 من قانون العقوبات العراقي، أنظر في ذلك: رجاء عبد الزهرة الجبوري، مرجع سابق، ص 64.

(23) أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص**، ج 1، الجزائر: دار هومة، 2003، ص 174.

(24) مكي دردوس، مرجع سابق، ص 149.

(25) عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، ط 02، الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 125.

(26) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16جوان 1996، ملف رقم 132607، غير منشور، مشار إليه في: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 173.

(27) مكي دردوس، مرجع سابق، ص ص: 149، 150. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص ص: 172، 173. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص ص: 124، 125. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 154.

(28) نقض مصري، الطعن رقم 151 لسنة 42 قضائية، بتاريخ 27 مارس 1972، مشار إليه في: عبد الفتاح مراد، **"جرائم الامتناع الماسة بنظام الأسرة"**، مجلة المحاماة، نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية، القاهرة: وهدان للطباعة، السنة 71، العددان 01، 02، جانفي - فيفري 1991، ص 88، محمود عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص 63. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ص: 154، 155.

(29) رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ص: 1025، 1026.

(30) ملف رقم 54930، صادر بتاريخ 14 فيفري 1989، الغرفة الجزائية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1995، ص 181. أنظر كذلك: ملف رقم 239135، قرار صادر بتاريخ 27 مارس 2001، المجلة القضائية، الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد 02، 2001، ص ص: 377، 378.

(31) Emile Garçon, **Code pénal annoté**, Tome 02, Paris : Recueil Sirey, 1952, PP : 333 – 334.

(32) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 173. مكي دردوس، مرجع سابق، ص 150.

(33) مرسوم 88 – 144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، المتضمن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلق بالزواج المختلط، الجريدة الرسمية، العدد 01، سنة 1988.

(34) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها.

(35) رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 1026. محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص 60. هناك من يذهب خلاف ما ذهبنا إليه: إذ يرى بأن الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن تسليم طفل قاصر محكوم بحضانته لشخص معين، يقوم إذا قصد الجاني من ذلك حرمان الطفل من حضانة من له الحق فيها، فالمصلحة مقررة للطفل في الضم لشخص معين يقدر القاضي أنه الأصلح للحضانة، والمصلحة ليست للأب أو الأم أو غيرهما من الأقارب، وعلى ذلك فصاحب هذا الرأي يقدر أن القصد الجنائي هنا قصد خاص وليس قصدا عاما، وهو حرمان الطفل من حضانة من له الحق فيها بموجب حكم القضاء. عادل عبد العليم، مرجع سابق، ص 216. غير أننا لا نرى أي باعث نصت عليه هذه الجريمة وعلى ذلك يبقى القصد الجنائي قصدا عاما. أنظر في التفريق بين القصد الجنائي العام والخاص: سليمان عبد المنعم، **النظرية العامة لقانون العقوبات دراسة مقارنة**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 543 وما بعدها. محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام**، ط 03، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 582 وما بعدها. كامل السعيد، **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات**، عمان (الأردن): الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 290 وما بعدها. طه زاكي صافي،

القواعد الجزائية العامة فقها واجتهادا، بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1998، ص 281 وما بعدها. نبية صالح، **النظرية العامة للقصد الجنائي**، عمان (الأردن): مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 345 وما بعدها.

(36) محمد عبد الحميد الألفي، مرجع سابق، ص 61. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 155. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 1026.

(37) قضية رقم 01/3347 بتاريخ 07 جانفي 2002، غير منشورة، مشار إليها في: بن وارث م، مرجع سابق، ص 165.

(38) مكي دردوس، مرجع سابق، ص 151. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص ص: 174، 175.